



# POR

# D. FRANCISCA ANTONIA MARTEL;

## CONTRA

## DON ALONSO IOSEPH Martel, y consorte.



N ESTE pleyto doña Francisca Antonia es Rea, y posseedora, porque aunque puso la demanda, minimè substinet partes actricis, sin embargo de la l. in trib' 13. ff. de iudic. ibi: *Placuit eum videri actorem, qui ad iudicium prouocasset.* Cui consonat tex. in cap. forus 10. § accusator. de verbor. signif. ibi: *Quia ad causam vocat cum quem appellat.* Siquidem, fue prouocada, & [si dici potest] compellida [por la jactancia de su hermano y sobrino, publicando en tiempo, que ella tratava de tomar estado, que el mayorazgo, sobre que se litiga, les pertenecia a ellos] a proponer de antemano las justas excepciones, que en caso, que las otras partes le vuieran puesto la demanda, le competian: quanuis enim actio vltro possessori non detur, l. 1. ff. vti posidet. benè permittitur petere declarari, se dominum rei, quam posidet, ad sui dominij confirmationem, Bart. in l. vti frui, §. vtrum autem in fine, ff. si vsusfruct. petat. Guido Papæ, q. 219. n. 2. Nicol. Bellonus, lib. 1. suppunctat. iur. c. 19. Num. 1. D. Francisca es Rea, y posseedora en este pleyto.

Quo in casu, la dicha doña Francisca Antonia, y qualquiera otro posseedor non actor, sed reus existimandus est, quia licet primus litem mouerit, tamen ab alio prouocatus mouit. Por la regla de la l. non cogendum, §. vlt. ff. de procurator. l. de pupillo, §. qui nunciationem, ff. de nou. oper. nunciat. vbi notant Paul. Castrens. n. 3. cap. si quis contra Clericum, nu. 2. de for. compet. dum dicit, in hac re, magis debere attendi originalem, ac primordialem causam instituendæ litis, quam id, quod ex accidenti contigit, Gregor. Lop. in l. 46. glosf. 3. tit. 2. part. 3. Dom. Couarru. lib. 1. variar. cap. 18. n. 4. & 5. Domin. Molina, lib. 3. cap. 14, n. 28. Dom. Castillo, lib. 5. cap. 93. §. 14. n. 27. circa fin. Num. 2. Mas deue atenderse la causa primordial de intentar el pleyto, que la acidental.

Ex quo resultat, que los dichos don Ioseph, y don Alonso Martel son verdaderos actores, y tienen obligacion de prouar su intencion plenamente, y pertenecerles el mayorazgo, sobre que se litiga: aliàs, la dicha doña Francisca Antonia deuerà ser absuelta, y declarada por sucessora, como lo fue su hermano, y como por su parte se pretende, l. officium, cum similibus, ff. de reiuendic. l. fin. C. de probat. maximè, siendo posseedora con titulo de cosa juzgada por la executoria, ganada en contraditorio juyzio en la Real Audiencia de Seuilla, cō las mismas partes, que agora litigan. Nam qui habet rem iudicatam (licet in iudicio possessorio) habet fundatam intentionem cōtra quemlibet prætendentem ex optima Bart. doctrina in l. sicuti, §. sed si quæratur, n. 3. ff. si seruit. vendicet. Abbas, in cap. cum venissent de institut. & cum alijs Ioann. Garcia, de nobilitat. Num. 3. D. Alōso Ioseph y su cōsorte son actores obligados a prouar plenamente.

litat. glos.8.à n. 2. Y en caso dudoso, similiter, deue conseguir absolucion de la dicha demanda, l.2.ff. vti possidet. l. impari, ff. de regul. iur. l. 40. titul. 16. part. 3. Domin. Castillo, lib.4. cap.23.à n.27.

Num.4. En este mayorazgo funda doña Francisca Antonia, en virtud de su nóbramiéto.

En cuya consideracion, y reconociendola don Alonso Ioseph Martel, pretende pertenecerle el dicho mayorazgo, como a varon hijo de hermano varó y mayor, que el vltimo posseedor don Pedro Ioseph, por cuya muerte se litiga, fundandose en las reglas ordinarias de la linea de primogenitura, de la representacion, y del sexo, todas prerogatiuas tan ciertas, y conocidas, que si el dicho mayorazgo fuera regular, era fuerça reconocerlas: pero no es assi, sino que por voluntad expressa de los fundadores, es totalmente irregular, y de elecion, y assi, quien funda para la sucession, es doña Francisca Antonia, y se halla con dos nombramientos entre otros, legitimos. El vno, del dicho don Alonso Martel su padre, y el otro, de don Pedro Ioseph su hermano vltimo posseedor, en cuya virtud se ganaron las sentencias, y executorias de possession, y propriedad.

Num.5. Con el nombramiéto hecho en D. Francisca se euacuò el derecho de los demas de la familia.

Con que cessa el fundamento regular, en que don Alonso Ioseph Martel estriua, y el que tuuo por el derecho passiuo de la elecion, si fortè fuisset ad dictum maioratus electus: Nam eo ipso, que la dicha doña Francisca Antonia fue electa por su padre, y por don Pedro Ioseph su hermano, se euacuò el derecho que tenian todos los de la familia a la sucession del mayorazgo, y se radicò en la persona de la susodicha, tanquam si in prima fundatione specialiter esset vocata, vt per tex. in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, ff. de legat.2. ibi: *Nam postquam paritum est voluntati cæteri conditione deficiunt*, l. peto, §. fratre, l. cum quidam, ff. de legat.2. latè Dom. Molin. libr.2. cap.4. & 5. Dom. Paz, de tenuta, cap.34. maximè à nu.55. & alij plures inferiùs referendi.

Num.6. Pretésiones de D. Alóso Ioseph Martel.

Pero don Alonso Ioseph procura desuanecer este fundamento, conociendo ser totalmente exclusiuo de su pretension, con algunas razones, que con facilidad, y con toda breuedad se desuaneceran en este discurso. La primera, que la elecion, que se dio por Beatriz Fernandez de Tobar a Rodrigo Duran en la primer escritura de fundacion, fue personalissima, y no passò a sus sucessores. La segunda, que en la agregacion que hizieron Aluaro Duran, y doña Mencia de Cabrera su muger, no pudo subsistir la facultad de elegir, por auer fundado irreuocablemente por la primera escritura de la dicha agregacion, que despues declararon y alteraron. La tercera, porque don Alonso Martel Duran padre y abuelo de los

litigan-

litigantes, puesto que tuuiesse facultad de elegir, no eligio juridica, ni validamente por algunas consideraciones, y en particular, por auer elegido a mas de vn sucessor, esto es al dicho don Pedro Ioseph, y a la dicha doña Francisca Antonia, y a otra su hermana. La quarta, porque el dicho don Pedro Ioseph no tuuo facultad de elegir, por auer fallecido sin hijos, y hecho la elecion en hermana fuera de la facultad. Y vltimamẽte, que quando la elecion fuera en fauor de todos los descendientes del dicho Rodrigo Duran, deuio, per prius elegir entre los varones descendientes, como de sexo mas preuilegiado, antes que llegasse a elegir entre las hembras.

Non enim obstant. Porque todas ellas cessan cõ el efeto de la cosa juzgada, q̃ resulta de la executoria litigada en el pleyto de propriedad en la Chancilleria de Granada entre el dicho don Diego Martel padre del dicho don Alonso, y don Pedro Ioseph su hermano menor vltimo posseedor, donde se alegò la calidad, y prerogatiua de la mayoria, ser la facultad de elegir personalissima, y no poder passar a los sucessores, la nulidad de la segunda escritura de declaracion otorgada por los dichos dõ Aluaro Duran, y su muger, y la irreuocabilidad de la primera, y la nulidad de los nombramientos hechos a fauor del dicho don Pedro Ioseph por don Alonso su padre, y doña Leonor de Puebla y Moscoso su madre (que testò en virtud de su poder) con tanta especialidad, y tan repetido todo, como se alega en este pleyto, y se conoce con euidencia de las alegaciones del antiguo, donde se presentaron tambien todos los dichos instrumentos, memor. nu. 18. 19. 20. 23. 24. y desde el ñ. 30. hasta el 36. y a todo ello por ello se satisfizo por parte de don Pedro Ioseph, en cuyo fauor se pronunciaron las sentencias de vista y reuista.

Num. 7. Contra todo lo que opone don Alonso Ioseph, ay cosa juzgada.

Et sic non possunt iterum deduci in contentionem propter auctoritatem rei iudicatæ nam cum sit disceptationis terminus vt docet Bald in rubr. C. de re iudicat. Franchis, decis. 346. n. 2. & decis. 364. n. 7. singulis controuersijs sufficit vnus iudicali finis, l. singulis, ff. de re iudic. l. 2. §. fin. C. de veteri iure enucleando, l. terminat, C. de fructibus, & litium expẽsis, y sus efetos son perpetuos actiuè, & passiuè, porque aprouecha, y daña a todos los sucessores, auiendose litigado con legitimo contraditor (como se litigò dicha executoria) l. ex contractu, ff. de re iudicat. l. si patroni, § fin. l. Papin. §. vlt. l. qui repudiantis, ff. de inoffic. cum similibus, Peregrin. de fi[illegible] com. art. 53. à n. 40. D. Molin. lib. 4. c. 8. Mieres, 1. p. q. 1. latè D. Castill. tom. 5. c. 157. per totum, D. Præses Valençuel. cons. [illegible]0. à n 36.

Num. 8. La cosa juzgada daña, y aprouecha a todos los sucessores.

Y esto es, porque cõcurren las tres iden[illegible]idades de la l. cum

Num. 9.

En este caso cõcurrẽ todas tres identidades para la cosa juzgada.

quæritur cum duabus sequentib.ff.de exception.rei iudicatę. La de la cosa, porque se litiga sobre el mismo mayorazgo. La de las personas, porque iuris censura, & interpretatione, son las mismas, quippè cum sint eiusdem cõditionis quod sufficit vt ęedem reputentur, l.& an eadem,ff.de except. rei iudic.ibi: *Eadem conditio personarum*, & ibi Bart.& in §.fin. eiusdẽ legis, & ibi glos.verbo personarum, Surdr cons.312. Giurba, decis.24. n.2.Salgad.de retention.Bullarum,1.p.cap.12.n.24.D.Larrea, decis.35.num.38.

Num.10. D. Diego Martel padre de dõ Alonso, pretenciò en el pleyto passado, lo mismo que el hijo pretende en este.

Ac tandem, la del derecho, y causa de pedir, pues en el dicho pleyto don Diego Martel Duran padre de D. Alonso pretendio este mayorazgo, como hijo mayor de su padre, y don Pedro Ioseph Martel, en virtud del nombramiento, aunq̃ hijo tercero, y de otro matrimonio, y alli tambien don Diego pretendio, que la facultad de elegir, fue personal, y que la disposiciõ primera de Aluaro Duran, y doña Mencia de Cabrera su muger auia sido de llamamientos regulares, e irreuocable, y la segunda, nulla ex defectu potestatis, impugnando tambien los nombramientos, que en el dicho don Pedro Ioseph hizieron don Alonso Martel, y doña Leonor sus padres, y el dicho don Pedro, se fundò en todo lo contrario, sobre lo qual cayeron las dichas sentencias, & sic, su efeto vino a ser Real, y perpetuo para todos, l.qui aliena, §.fin.ff.de negot.gest.l.4.§. si dicatur, ff.fini regund.Butrius, in cap.causam, nu.14. qui fil. sine legit.Bald.cons.159.nu 5.lib.3 Freccia de sub feud.lib.1.cap. 22.Hector Emil.de iure feudali, cap.26.n.40. Anto. Monach. de recta feudi interpret.cap.5.ferè per tot.

Num.11. El pleito passado se siguiò con todo cuydado, y sin colusion.

Quod omne constitutissimum est in iure, & in praxi; sino es que vuiesse auido omision culpable en la defensa destos pleytos, iuxte tex.in d.l.ex contractu, l.si superlusorio, ff.de appellat. l.si sponsus, §.si vxor, ff. de donatio. Dom.Molin & D. Castillo, in locis vbi proximè relatis, & passim omnes. La qual omisiõ, ni otro genero de culpa en la defensa del dicho pleyto no es imaginable, porque si se quiere considerar, respeto de auer dexado de alegar alguna de las defensas, o de presentar algun instrumento, que pudiesse aprouechar a don Diego, todo quanto se pudo alegar, y presentar, in iure, & in facto, se alegò, y presentò, como consta del memorial, y se conuẽce mas, supuesto que en este pleito no se aduierte, ni alega cosa nueua, q̃ en el antiguo no se aduirtiesse, y alegasse. Con q̃ es impossible, q̃ los dichos fundamẽtos dexẽ de estar vẽcidos, ex iuribus, & auctoritatibus, sup. allegatis, & per textum l.Iulianus, ff. de condit.indeb.l.siquis cum totum, l.siquis ad exhibendum 18. ff.de except.rei iudic.Bart.in l.quod in diem, §.1.n.2.de compensat.

pensat. Abb. in cap. sub orta, de re iudic. n. 9. D. Paz de tenuta, cap. 42. n. 36. D. Salgado, 4. part. cap. 7. n. 85.

Y si se quiere cõsiderar la omission, en no auer suplicado D. Diego de la sentencia de reuista con la pena, y fiança delas mil y quiniẽtas, ex eo quod non appellare est omittere, l. filiusfam. §. Diui vbi Alex. n. 9. ff. de legat. 1. Loazes, n. 113. Pinel. in l. 1. C. de hon. mater. 3. p. limit. 3. n. 5. Dom. Molin. d. cap. 8 nu. 10. & eius additio in annotationibus, n. 18. se satisfaze, con que auiendo litigado, y defendidose D. Diego tan neruosa, y cuydadosamente, y hallandose con dos sentencias conformes contra si devno de los mayores Tribunales de la Europa, deuio, y pudo reconocer la buena fe, y escusar los gastos del tiempo, y el dinero, arg. tex. in l. quoties, §. sicut, ff. de administr. tutor. donde el tutor que en pleytos dudosos dexò de seguirlos, no se dize, que tuuo omission, l. si fideiussor 29. §. quædam, ff. mandati, vbi glos. verbo de apicibus, sequuta cõmuniter per Bart. Paul. de Castr. & cæteros. Y tambien recelar, y temer la pena de las mil y quinientas doblas, y el embaraço de dar la fiança para ellas, ex l. 1. tit. 20. lib. 4. Recop. Exponiendose a riesgo tan conocido, de q̃ se confirmara la sentencia de reuista, como sin duda sucediera, por ser los fundamentos de la justicia de don Pedro Ioseph en aquel pleyto tan claros, y euidentes. Num. 12. D. Diego Martel siguio prudẽte cõsejo, en no suplicar con las mil y quiniẽtas.

Cęterùm, que hucusque auditum non est, ni hemos visto autor que diga, que el no auerse interpuesto la segunda suplicacion de semejantes sentencias, sea omission, que embarace el efeto de la cosa juzgada, lo que mas se puede afirmar es, que el siguiente interessado, si sibi benè visum fuerit, podra interponerla mientras no se le vuiere notificado la sentencia, como a tal, arg. tex. in l. Papinianus, §. fin. l. si suspecta 29. cum similib. ff. de inofficios. l. à sententia, ff. de appellat. Y como lo resueluen in propria specie, Pinel. d. 3. p. n. 50. l. 1. C. de bon. mater. P. Molin. disp. 627. n. 5. D. Molin. d. lib. 4. c. 8. n. 18. D. Lara, de vit. homin. n. 55. & seqq. D. Castill. to. n. 6. c. 157. n. 27. Num. 13. No se halla quiẽ diga que el no suplicar cõ las mil y quinientas impida el efeto de la cosa juzgada.

Interim tamen, don Pedro Ioseph se vuo de tener, y reputar por legitimo sucessor, y posseedor del dicho mayorazgo, para todos los efetos, que pudiessen cõpetir al verdadero sucessor, y para poder nombrar persona que sucediesse en el dicho mayorazgo, vt expresse probatur, in l. si Libertinus 4. ff. de collus. detegen. ibi: *Et post sententiam de ingenuitate lata vtique quasi ingenuus accipitur*, cap. consultationibus, de iure patron. cũ ibi traditis per Doctor. Felin. in cap. lator, n. 8. de re iudic. Ancarran. in cap. veniens, n. 5. de testibus, Decian. consl. 136. n. 13. lib. 1. Garcia, de nobilit. glos. 6. §. 2. n. 26. & passim omnes. Num. 14. Durante la instancia de la segũda suplicaciõ se tiene el posseedor del mayorazgo por verdadero sucessor para todos los efetos.

Verum est, que a todo lo que queda dicho se haze vna replica, Num. 15.

Replica contraria de que en el pleyto passado no se tratò de los dos pútos q̃ en este se tratan.

ca, que en lo exterior [no en la substãcia] puede causar reparo. Nempè, que en el pleyto antiguo no se controuertieron, ni pudieron controuertir dos puntos, que oy se cõtrouierten en este. El vno, si la facultad de elegir en caso, que actiuè, respeto de los posseedores, fuesse perpetua, fue limitada passiuè, respeto delos hijos de los mismos sucessores, y posseedores, y no se pueda estender a los hermanos. El otro, si en caso, que fuesse la facultad vniuersal, y en fauor detoda la descendencia de Rodrigo Duran, per prius, se deuio hazer, inter masculos, & eis desicientibus inter fœminas? Y que assi el efeto de la cosa juzgada de las dichas sentencias, y executoria, no se puede estẽder a los dichos dos puntos, como a causa, y derecho diferẽte por la razon de los mismos tex. in l. cum quæritur cum similib. de re iudic. Y por los fundamentos, que quedan considerados en su comprouacion,

Num. 16. La cosa juzgada obra enlo implicito, y virtual de la determinació como en lo explicito.

Sed planè cõuincitur: porque la cosa juzgada, no solo obra en lo explicito, y expresso, que determina, sino en lo implicito, y virtual, quod prouenit ex natura actionis, & iuris reique super qua controuersia fuit mota, & decisa, tanquam si esset expressum ex eleganti doctrina Bart. in l. Iulianus, ff. de condict. indebi. Castrens. in l. 1. C. si plur. vna sent. Decij, in l. ius nostrum, ff. de regul. iur. Afflict. decis. 215. Menoc. de arbitrar. lib. 1 casu 69. decis. Pedemon. 64. nu. 2. & seqq. Quoniam ea, quæ virtualiter comprehensa sunt in sententia habentur pro expressis in ea, vt ex l. à se toto, ff. de hæredib. instit. docent plures, & tenet Anto. Gom. in l. 45. Taur. sub n. 139. vers. *Item etiam, quod virtualiter*, cum alijs congestis à D. Salgado, de protect. Reg. 4. part. cap. 9. n. 150. & 151.

Num. 17. La sentencia q̃ declara a D. Pedro Ioseph por legitimo sucessor, contiene declaració, de que el mayorazgo es de elecion Real y perpetua.

Y por las sentencias de la executoria de propriedad despachada en la Chancilleria de Granada a fauor del dicho don Pedro Ioseph, fue declarado por sucessor del mayorazgo, q̃ fundò Beatriz Fernandez de Tobar, y en el que agregaron Aluaro Duran, y doña Mencia de Cabrera su muger, mandando, q̃ los tuuiesse, y posseye conforme a las clausulas de las escrituras de fundacion, y agregacion de los años de 1540. y de 1576. en cuya determinacion expressa se incluyò la tacita, y virtual de que los dichos vinculos eran de elecion. Aliter enim, no era possible, que don Pedro Ioseph fuera declarado por sucessor, como lo fue, pues conforme a la sucessió regular de los mayorazgos, don Diego Martel Duran su hermano mayor auia de suceder. Vt notissimum est. Et sic, ambas cosas quedaró determinadas, assi en lo expresso, como en lo virtual, e implicito, sine quo rei iudicata nõ poterat substineri, per dicta proximè, nu. antecedẽti, & ex expresso text. in l. fin. ff. de his, qui sunt sui vel alu. iur. l.

qudo

quod in diem, §. si rationem, ff. de compẽsat. l. 2. de ordi. cogni. Bart. in l. 1. n. 3. & 4. C. eod. tit. Corne. cõs. 62. n. 6. & 7. lib. 4. Surd. cons. 189. n. 38. lib. 2. & decis. 260. n. 31.

Num. 18. La sentencia se presume dada cõforme a lo deuido en el processo.

Ac per consequens, quedò tambien determinado el caso sobre que agora se litiga, nempè, ser el dicho mayorazgo, no solo de elecion perpetua y real, actiuè, respeto de todos los sucessores, y posseedores, sino tambien passiuè, respeto de todos los de la familia, y descendencia de Rodrigo Duran, para poder nombrar a qualquiera persona della, sin atencion a grado, ni sexo: siquidem sententia semper præsumitur lata secundũ iuris fundamenta, & exhis, quæ à partibus fuerunt in processu deducta, l. milles, ff. de re iudic. Paul. Castrens. & Bart. in l. si fundus, §. in vendication. n. 3. ff. de pignor. Crauet. cons. 10. n. 2. Menoc. 110. n. 6. lib. 2. tex. in l. si quis ad exhibendum, ff. de except. rei iudic. & ibi glos. & Bart. n. 1. idẽ Paul. de Castr. cons. 136. n. 6. vers. *Quinimò*, lib. 1. Cœpola, cõs. ciuili 57. n. 5. Angel. in d. l. ad exhibendum, ibi: *Nota sententiam præsumi latam ex causa, quæ ex actis colligitur, & ex hoc dico, quod nunquam de necessitate est inferenda causa in sententia, vbi causa potest apparere exactis, &c.* & habetur in l. 3. C. de sentent. quæ sine certa quantit. profer. Nata, cõs. 473. Curtius iun. cons 74. n. 11.

Num. 19. La facultad de elegir dada al primer sucessor en el mayorazgo, se entiende dada a los siguientes.

In iure etenim certũ est, quod facultas eligendi à fundatore concessa realis, & perpetua est: etiam si tantũ primò successori data fuerit, tunc enim naturam ipsius maioratus [quę perpetua est] assumit, & proprio iure, aut ex iure præambulo in omnes successores deriuatur, vt ex l. illud, aut illud, ff. de opt. lega. si sic legatum, §. fin. ff. de legat. 1. & alijs resoluunt Ancarran. cõs. 327. Cabedo, decis. 134. per tot. 1. p. Gama, decis. 106. à n. 8. Menoch. cons. 158. n. 8. D. Castill. lib. 5. cap. 87. n. 25. vers. *Si inquam*, & alij plures quos refert, & sequitur D. Ioann. de la Rea, decis. 31. qui n. 34. dicit. *Quod quoties electio successori maioratus conceditur rem ipsam afficit, idest, quando sub nomine primi vocati cõmittatur (si id fieret) quasi successio tunc ad omnes alios extenditur, &: velut reale ius electionis, non personale consideratur.* Optimè D. Præses Valençuela, *cons. 40. à n. 36.*

Num. 20. Por las clausulas de este mayorazgo està mas esfirmado la elecion Real, y perpetua actiue.

De quo in nostro casu dubitari non potuit, neque hodie potest, attentis clausulis fundationis: porque en la de Beatriz Fernandez de Tobar, expresè dicitur. *El dicho Licenciado tenga, y possea las dichas casas para pagar la dicha renta, y despues del su hijo mayor, o el que el nombrare, e sus descendiẽtes dellos, para siẽpre jamas. Por manera, que por sucession de vno en otro vaya el dicho mayorazgo, en que el dicho Licenciado pueda nombrar su hijo mayor, o qualquiera dellos, que quisiere. E esta misma orden tengan los que despues del sucedieren, para siempre jamas.* Y auiendo agregado el remanente

 de sus

de sus bienes a las dichas casas, para que todo anduuiesse junto y sucediesse en todo el dicho Rodrigo Duran, añade. *Suceda en ellos por via de vinculo, y mayorazgo el dicho Licenciado Rodrigo Duran, e su hijo mayor, e vno de sus hijos qual quisiere nombrar en su testamẽto, o fuera del, e la misma orden se tenga en los successores del dicho Licenciado.* Quibus consonant formaliter las clausulas de la segunda escritura de agregacion de Aluaro Duran, y doña Mecia de Cabrera su muger del año de 1588. q̃ se refieren, memor. n.8. cum duobus sequentibus [y no referimos, por ser vnas mismas, y auerse juzgado por tales en la sentencia de la dicha executoria.] De suerte, que por las dichas fundaciones se concede facultad de elegir a todos los sucessores para siempre jamas, cō que iam non potest amplius dubitari, de la perpetuydad, y realidad de la dicha facultad, actiuè, en todos los sucessores.

Num. 21. Y lo mismo en quanto a la eleccion passiua.

Et pari modo, se deue juzgar passiuè, a fauor d todos los de la familia, y descendécia de Rodrigo Duran, sin respeto a la proximidad del grado, ni a la prerogatiua del sexo, ex manifestissimis iuris principijs, & expressa voluntate testatricis, quia similiter certum est, quod quoties alicui competit facultas nominādi successorem in fideicommisso, vel maioratu, omnes de familia habent ius passiuum electionis, & quilibet etiā vlterioris gradus potest eligi, iuxta tex. expressum, in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, ff. de legat. 2. ibi: *Itaque si cum fortè tres ex familia essent eisque fideicōmissum reliquit eodem, vel dispari gradus satis erit, vni reliquisse, nam postquam paritũ est voluntati cæteri conditione deficiũt*, l. cum quidam, ff. eod. tit. ibi. *Rogo restituas libertis meis quibus volueris, Marcellus putauit, posse hæredem, & indignum præferre.* Y la razon es, porque el fauor de la familia, secundum intentionem testatoris influye igualmente en los sucessores, para que puedā nombrar, y en todos los della para que puedan ser nombrados, secund. Bart. & Bald. in dict. iurib⁹, & Padill. in d. l. cum quidam, n. 14. Mier. de maiorat. p. 1. q. 48. n. 11. & q. 72. D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 5. à n. 3. cum sequent. Gutier. lib. 2. pract. q. 67. n. 3. & 4. Ceuall. q. 268. n. 6. D. Paz de tenuta, c. 34. n. 107. Fusar. de substit. q. 380. n. 17. Noguerol. allegat. 9. n. 77.

Num. 22. Las hembras se comprehēdē en el nombre de *familia hijos, y descendientes.*

Etiam si, sean hembras en competēcia de varones de la misma linea y grado, porque tambien son de la familia, & nomine familiæ filiorum, & descendentium comprehenduntur, l. pronunciatio, §. familiæ, l. cognoscere, §. liberorum, l. quisquis, ff. de verbor. signif. ibi: *Quisquis mihi alius filij, filius ve hæres sit. Labeo nō videri filiam contineri: Proculus contra: Mihi labeo videtur verborum figuram sequi. Proculus mentem testantis, respondit, non dubito, quin Labeonis sententia vera non sit.* Como en terminos lo resoluio el señor Molin. d. lib. 2. c. 5. n. 6. a quiē refiere, y sigue Mieres de ma-

de maior.p.1.q.72.n.15.& 16.his verbis. *Ex quibus etiam infertur ad quæstionem de facto contingentem, si alicui data fuit facultas eligedi inter filios alicuius ad maioratum, vel meliorationẽ, & inter illos, qui eligi debent sint masculi, & fœminæ, potest elector eligere fœminam, etiã in eodem gradu excluso masculo, dummodo ille, qui dedit facultatem eligendi non appareat voluisse conseruare agnationem: & scripsi in hac 1. p,q.48.ad fin. Ad quod legi debet Molin. d.cap.5.lib.2.de primog.n.6. &c.* D.Præses Valençuel.d.conſ 40.n.42.cum ſequentib. Alex. Raudenſ.Ceuall.Molin.Theolog. D. Paz, y el ſeñor Caſtillo, y otros muchos a quiẽ refieren, y ſiguen los Adicionadores al ſeñor Molin.d.lib.2.cap.5.n.4. 5.& 6.

Qui omnes, reſueluen el punto en la miſma conformidad, etiam, en caſo mas dificultoſo, nempè, quando facultas cõceſſa eſt, para poder nombrar a vno de los hijos, o de las hijas, in quo parecia que por la diſcretiua, y orden de la letra auian de tener prelacion los varones, eiuſdem gradu, por la l.cum pater, §.à te peto marito, ff.de legat.2.ibi: *Non eſſe datam electionem, ſed ordine ſcripturæ factam ſubſtitutionem reſpondi.* Vbi Bart.& ſcribentes. Caſus vero noſter longè diſtat, nam quæſtio noſtra, ſolum eſt inter fratres, & filiũ fratris prædefuncti, & an fœmina nominari poſſit extantibus eis, & ſic facilius decisa eſt in fauorem fœminæ iuxta proximè dicta, & iuxta verum intellectum tex.in l. hæredes mei, §.vlt.ff.ad Trebell.ibi. *Inter filios reſpondi ſubſtitutionem fideicommiſſi factam videri.* Iuncta vulgari interpretatione, l.filij appellatione, & l.iuxta interpretatione, ff.de verb. ſignif. quod ſic explicat D.Paz de tenuta, c.34.n.110.verſ. *Caſus tamen noſter.* Num.23. Los terminos deſte caſo ſon mas faciles para poderle nõbrar hembra, que el que diſputã los DD.

El qual autor, aunque deſde el nu.115.parece que defiende lo contrario, habla en caſo, que la facultad de nombrar no cõpete iure proprio, neque in conſequẽtiam, como en el ſuceſſor del mayorazgo de eleccion Real, ſino como comiſſario, & nomine alieno, que entonces cõforme a la naturaleza del mandato, y comiſsion (que es ſtricti iuris) tiene la materia diferente inſpecion, y ſe deue ajuſtar la nominacion a lo formal de las palabras della. Et vna vice conſumitur, nec tranſit in alium ſucceſſorem, circunſtantia, que por no aplicarſe a la facultad de nueſtros fundadores, aunque ſe alegò en el pleyto de la Chancilleria, quedò menoſpreciada, y vẽcida. Et ſic, agora no ſe pueden valer della las partes cõtrarias, vt optimè aduertunt omnes Doctores ſup.citati, & ex pluribus D.Caſtill.lib.5. cap.87. nu.5. & cap.160.n.13.lib.6. Num.24. El ſeñor don Chriſtoual de Paz habla en diferentes terminos.

Et ſimili modo dici nõ poteſt, q̃ por no ſer hijo del poſſeedor el nombrado, ſino hermana, ſe ſale de lo virtual, y cõprehẽdido en la determinacion de las dichas ſentencias. Imò potiùs, es lo miſmo q̃ en el caſo, q̃ las ocaſionò, de auer ſido hijo del poſſeedor Num.25. Reſponeſe al argumento de q̃ D.Franciſca no es hija, ſino hermana del vltimo poſſeedor.

dor D Pedro Ioseph el nombrado por muchas, y euidétes razones. La primera, porque la facultad de nombrar, dada en la forma, que la dieron Beatriz Fernandez de Tobar, y Aluaro Duran, y su muger, cósiderada en qualquiera de dos maneras q̃ se quiera ponderar, o como calidad inherente a las dichas fundaciones, o de per se, como calidad, y derecho principal es Real, y perpetua, y comprehẽsiua actiue, & passiue, de todos los de la familia, assi descendiétes, y de la linea efetiua de los successores, y posseedores, como de la contentiua, y de los transuersales.

Num.26. A la manera que el moyorazgo se juzga por perpetuo, se ha de juzgar que lo es la facultad de nóbrar successor para el.

In primo intelligẽdi modo; nam eo ipso, q̃ el mayorazgo suæ natura (sin embargo de q̃ los llamamientos del sean limitados) se ha de juzgar por perpetuo para todos los de la familia, sin limitacion alguna, iuxta traddita à D. Molin. lib. 1. cap. 4. n. 32. vbi Additionatores, n. 38. De la misma manera la facultad de nombrar cócedida a los successores, como a successores, como los mismos Dotores lo resueluẽn, in illis verbis. *Et sic non tantum descendentes, verũ etiã quoad transuersales, licet de trãsuersalibus in electione in maioratu nullam mentionẽ fecerit.* Y el señor Presidéte Valencuela l. d. cons. 40. n. 36. hablando en defensa de otra disposicion semejante a las nuestras, sobre que auia auido cosa juzgada, resuelue la questió en nuestro fauor, his verbis. *Ex quibus verbis, & sequentibus, constat euidenter, quod eo solo, quod dictus Dom. Gaspar fuit de familia de Spuig valuit naminatio, seu electio illius facta per Dom. Ludouicum eius filium, ad succedendum in dictis varonijs, & ita præfatus Dom. Gaspar pater Dom. Christophori sentẽtia Regia fuit declaratus legitimus successor, & per eius mortẽ, successit Dom. Yolans tãquam vocata post dies Dom. Gasparis, ex quo resultat res iudicata in fauorẽ dicti D. Christophori, quẽ nominauit tanquã fratrẽ, & agnatum familiæ D. Yolantis.* Et expressius, n. 42. ibi. *Et cum dictus D. Christophorus sit de testatricis familia, licet nõ descendat ab Auxia de Spuig maiore eius consobrino, non potest dici esse inualidam nominationẽ in fauorẽ illius factam per dictã D. Yolantem eius sororẽ, cum vere, & realiter in familia reliquerit.* D. la Rea, decis. 31. per tot. maximè n. 18. dum dicit. *Quod quando successori iniũgitur electio, id est, cum testator dispo suerit eligere debere su cessorẽ maioratus, id enim respiciat omnem successorẽ, quicumq; ex electione successerit, poterit eligere, & vlteri⁹ electus successorẽ nominare, quia tũc veluti accessoria electio iudicatur, & assumit naturam maioratus, qui vt transit ad successores, & perpetuus est, ita & similiter electio.*

Num.27. Aunque la facultad no se cósiderara como inherente a la fundacion, sino de per se.

Y entédida de per se la dicha facultad de elegir, tiene la misma comprehension, y latitud, como lo resueluen los derechos, y Autores referidos, sup. n. 19. a que ayuda la volũtad expressa de las fundadoras, porq̃ Beatriz Fernandez con quiẽ se conformaron Aluaro Duran, y D. Mécia de Cabrera su muger, dize en la clausu-

claufula referida fup.n.20.defta manera, *q̃ por fuceſsiõ de vno en otro vaya el dicho mayorazgo, en q̃ el dicho Licẽciado pueda nõbrar ſu hijo mayor, o qualquiera dellos, q̃ quiſiere, e eſta miſma orden tengan los q̃ deſpues del ſucedierẽ para ſiempre jamas.* En las quales palabras jũtas las proxime antecedẽtes de la miſma claufula memor. n.4. ibi: *E deſpues del ſu hijo mayor, o el que el nõbrare, e ſus deſcendiẽtes dellos para ſiempre jamas.* Y las que fe les ſiguen, tambien referidas ſup.n.20.ibi: *Y la miſma orden ſe tenga en los ſuceſſores del dicho Licẽciado,* fe comprehende facultad de elegir, y nombrar vniuerſal, y ſin limitacion ad certũ genus perſonarũ. Verba enim illa, *quem voluerit,* denotant liberam, atque abſolutam poteſtatem, vt per tex.in l.cũ quidam, ff. de leg.2.& in l.fi.deicõmiſſar. libertas, ff.de fideicom.libert. docet Bart.in extrauag. ad reprimẽdũ, verbo, videbitur, n.3.& 4. Felin in c.1.de cõſtitut.n.51.verſ. *Et ſi dicatur committimus voluntati tuæ,* Menoch. de arbitrar. lib.1.q. 6.n.2.D.Molin.d.lib.2.cap.5.n.2.in fine, qui in ſpecie nominationis loquitur.

Quod magis ſuadetur, de las palabras. *E eſta miſma orden tengan los q̃ deſpues del ſucedieren para ſiempre jamas. Y la miſma orden ſe tengan en los ſuceſſores del dicho Licẽciado, y las otras. O el q̃ el nõbrare:* porq̃ las vnas dan facultad perpetuamẽte a todos los ſuceſſores para q̃ puedan nõbrar, y las otras derecho a todos los de la familia para poder fer nõbrados, illud enim important verba illa. *O el q̃ el nõbrare, e ſus deſcendiẽtes dellos,* que fon indefinitas, y ſin ninguna reſtricion, ni limitacion, y tan claras para el intento, que hazen ocioſo otro qualquiera diſcurſo, que fe hiziere en ſu apoyo, y fundamento. Num.28. Las palabras de la fundacion induzẽ preciſa eleciõ actiua, y paſſiua.

Nec dicatur, q̃ todas las dichas palabras, aſsi põderadas apelan ſolamẽte ſobre los hijos de cada poſſeedor, vt inter eos tantũ videatur data facultas nominãdi cuilibet ſucceſſori hoc enim eſſet captare verba, y ſubuertir la intenciõ, y volũtad de los fundadores, reſpeto de los quales la afecion, y amor influye igualmẽte en todos los de la deſcẽdencia, y familia de Rodrigo Durã primero llamado, cõſiderandolos nõ ſolũ deſcenſiuè, & effectiuè, ſed contẽtiuè, & retro cõputando, ac ſi dicerũt, q̃ pudieſſen elegir a qualquiera de ſus hijos, y deſcẽdiẽtes, hoc eſt primi vocati, vt cõſiderat Paul.Caſtr.in l.fin.C.de verb.ſignifi. Beroi. cõſ 176.à n.67.maximè n.74.& cũ alijs Cald.Pereir.deciſ.8.n.2. ibi: *Si igitur coniectamur ipſius voluntatem hæc eſſe videtur ſequendo loquendi morem, præſumendumque eſt quod ſi teſtator interrogaretur, an poſt mortẽ conſobrini, eius frater nominari poſſet, quod ipſe reſponderet, quod ſic, cum par affectionis ratio verſetur inter vtrũque, quia cum primo loco admiſſerit collacterales, nõ videtur illos voluiſſe amplius excluſere.* Y lo miſmo reſuelue en el n.3. verſ. *Quod mentẽ teſtatoris.* Num.29. El afecto de los fundadores, fue igual para toda la familia de Rodrigo Duran primero llamado.

Dotrina decisiua dela presente duda, considerando, q̃ la fundadora fue, no ascendente, sino colateral, cui consonant formalissimamente D. Pręs. Valençuela d. cons. 40. n. 37. Et Gama decis. 206. n. 12. & 12.

Num. 30. La prenominacion de hijos no restringe la facultad de elejir los degrados vlteriores de la familia.

La segunda razon, es porque quãdo la facultad de nombrar dada en las dichas clausulas ponderadas, no fuera tan general, y expressa, como lo es, y solamente en lo literal se ajustarà a los hijos de los posseedores, non ex eo, se pudiera entender restringida a solo poderse hazer, inter eos non vero inter alios vlteriores gradus, sino que los fundadores gouernando su disposicion por la afecion natural, y orden gradual de suceder, de qua in l. cum auus, ff. de condition. & demostrat. l. Lucius, ff. de hæred. instit. l. cum acutissimi, C. de fideicõm. expressarõ los hijos, no para restringir la facultad, sino para preferirlos, y q̃ entre ellos, per prius, eligiessen los sucessores, & eis deficientib. inter nepotes, & sic de singulis gradibus descendentium, & transuersaliũ, l. cum ita, §. in fidescom, l. peto, §. frater, ff. de legat. 2. l. pronũciatio. § familiæ ff. de verborũ, l. fin. C. eod. tit. D. Molin. lib. 1. cap. 4. à n. 32. ibi. *Is namque quodque Titio, & suis descendentib⁹ aliqua bona iure maioratus possidenda reliquit, vt in persona Tity ac descendẽtium eius maioratum fecit non videtur ad solos nominatos maioratus qualitatẽ restringere, sed ea bona vniuersæ familiæ iure maioratus relinquere, & inter eos qui ex familia processerint nominatis præcedentiã tantum tribuere.* Y lo mismo resuelue el señor Castillo en muchos lugares, y en particular, lib. 6. cap. 160. à n. 12.

Num. 31. La facultad de nombrar sucessor, es dela misma calidad perpetua que el mayorazgo.

Y aunque los textos, y Dotores referidos formalmẽte hablẽ en la disposicion misma del mayorazgo, ex eo quod eius natura sit perpetua, & dispositio illam qualitatẽ cõseruet, ya queda fundado sup. n. 26. q̃ la calidad desta facultad de nombrar dada a los sucessores, assumit eamdẽ naturam, & perpetua reputatur sicuti dispositio principalis maioratus, y q̃ por esta razon actiuè & pasiuè omnes de familia descendentes, & trãsuersales cõprehendit, & satis eruditè Beroi. cõs. 55. n. 67. vers. *Sed his*, vol. 2. D. Paz detenut. d. c. 34. à n. 12. Gama, decis. 206. n. 13. & D. Pręs. Valençuela, in loco vbi proximè relato, n. 26.

Num. 32. Motiuo de los fundadores de proueer personas mas capazes para la memoria, y no dexar lo a sucessos de fortuna, y por otras razones q̃ aqui se ponderan.

Quibus nõnulla adducitur, q̃ reduzẽ el pũto a terminos claros y euidẽtes. Primũ, q̃ la razõ es, q̃ pudierõ mouer a los fundadores a conceder la facultad de elegir, y nõbrar sucessores a los llamados pudieron ser para q̃ siẽpre sucediessen personas de satisfaciõ para la cõseruaciõ de la familia, y cũplimiẽto de las Capellanias, y patronato, y no dexarlo a la fortuna de la sucesion regular, como lo aduirtio el señor Molin. lib. 2. c. 5. n. 59. ibi. *Existimãt horũ primogeniorũ institutores lõge melius futurũ esse id eorũ electioni quã casui seu fortunæ cõmittere.* O la q̃ justifica la facultad de

poder

23A



poder mejorar a vno de los hijos, nepè vt parētibus magis obse quētes semper sint, q̄ es lo q̄ Aluaro Duran, y D. Mencia de Cabrera dierō a ētēder en su agregaciō, aut deniq; porq̄ los sucessores pudiessen dexar socorridas dos personas considerando a los mayores, y varones acomodados cō otros mayorazgos; y vienes suficiētes para poder passar, y q̄ las hembras fuessen socorridas, vt interminis cōsiderat Pereit. d. decis. 8. n. 9. siguiēdo a Peregr. art. 25. n. 24. his verbis. *Quia si attēdimus testator nō ex odio priuauit consobrinū hac successione, sed ex eo quod casu, quo ipse possedisset alterū ex maioratibus noluit vt vtroq; frueretur, sed illico ad aliū consobrinū spectaret, vt vterq; pari substentatione viueret, quæ cōsideratio omne reuocat odiū*, Menoc. cōs. 215. n. 175. ibi: *Et hæc ratio cōsiderari in fœminis potest quarū vna ea ratio potuit vt illa esset que diues, & opulēta matrimonio traderetur viro nobilissimo, & amplissimo qui assumeret nomē, & insignia familiæ testatoris, & eam cōseruaret.* Todas estas razones militā enlos hermanos y trāsuersales, como enlos hijos, y enel caso deste pleito, y del antiguo cōcurrierō praticamēte. Porq̄ D. Diego hermano mayor de D. Pedro Ioseph sucedio en vn mayorazgo, por parte de su abuela materna muy cōsiderable, y heredò grāde parte de bienes libres por su legitima materna en cātidad de mas de 50 ij. ducados, y otra tāta cātidad el dicho D. Alōso hermano segundo, y D. Pedro Ioseph sin este mayorazgo sobre q̄ se litiga, quedàra pobre, y cargado de obligaciones de madre, y dos hermanas dōzellas tan principales; y aora si le faltara la sucesion a doña Francisca Antonia, quedàran todas a pedir por Dios.

Quia vbi militat eadē vel similis ratio debet militare eadem iuris dispositio, l. illud, ff. ad legē Aquiliā, l. his solis, C. de reuoc. donatio. l. fin. C. de in dicta libert. tollen. l. illud, C. de sacrosāct. Eccles. Baldus, in l. data opera, n. 5. C. qui accusare nō poss. Menoc. de arbitr. casu 63. n. 9. lib. 2. D. Molin. lib. 1. c. 4. n. 24. D. Castill. lib. 3. c. 28. n. 21. & c. 181. n. 21. & 29. & interminis terminātibus Gama, d. decis. 206. n. 13. ibi: *Et ratio generalis illa debet ampliare dictū denominatione faciēda inter filios, vt generaliter facultas nominādi cōcessa sit, & alijs successoribus argumēto notat per Bart. in l. labeo, ff. de supelectile legata*, & eleganter, & copiosius Menochius, d. cons. 215. n. 178. & 185. lib. 3.

Num. 33. Donde milita la misma razon, milita la misma disposicion.

Secūdò, porq̄ la resoluciō referida procede aun en materias, y disposiciones odiosas, pero la nuestra es fauorable, aduirtiēdo q̄ eo ipso, q̄ los fundadores quisierō q̄ este mayorazgo fuesse de eleciō, se apartarō delo regular, y le hizierō de otra naturaleza, y assi en duda la interpretaciō no se à de hazer en fauor delo regular, para fauorecer a los q̄ aliàs auiā de suceder, casu quo regularis esset dispositio, sino de lo irregular, ita vt nominatis possit

Num. 34. La materia de elecion es fauorable, y se ha de ampliar a fauor delos que hā de ser nombrados.

profi-

proficere, vt per tex. in l. in his, ff. de regul. iuris, resoluũt Decian. cõs. 32. n. 13. lib. 2. Riminal. iun. cõs. 236. n. 5. lib. 3. Hõded. cõs. 48. à n. 40. lib. 2. D. Castil. tom. 6. c. 181. n. 34. & D. Moli. de primo. lib. 2. c. 5. n. 4. Menoc. d. cõs. 215. n. 196. mirabiliter D. Prę s. Valenç. d. cõs. 40. n. 47. ibi. *Resolutio hæc cĩ probatur quia illa mediante possessor est minus grauatus nominãdo quẽ voluerit ex familia ad libitũ suæ volũtatis secus esset si præcisè nominare teneretur vnũ, & tales interpretatio debet sũmi dispositionis testatoris per quã hæres, & successor min⁹ grauatur, d. l. vnũ ex familia, §. si rẽ de leg. 1.* & Menoc. d. cõs. 215. n. 175. & 180. q̃ formalmente resuelue lo mismo in propria specie.

Num. 35. Si la facultad de nombrar no se entendiera a fauor de transuersales, no pudierã verificarse las palabras en que se concedio a todos, y para siempre.

Ac deniq; fulcitur eadẽ secũda ratio, de qua n. 30. cõ la põderaciõ de las clausulas, y sus palabras, q̃ dexamos referidas, sup. n. 27. & 28. de las quales se saca, q̃ los fundadores quisierõ, q̃ todos los posseedores para siẽpre jamas pudiessẽ nõbrar sucessores, vt patet, ibi: *E despues del su hijo mayor, o el q̃ el nõbrare, e sus descẽdiẽtes dellos para sienpre jamas.* Et ibi *Y la misma ordẽ se tẽga en los sucessores del dicho Licẽciado.* Et ibi. *Esta misma orden tengan los q̃ despues del sucedierẽ para siẽpre jamas.* Y si la facultad de nõbrar se vuiera de entẽder solamẽte de los hijos, y entre los hijos, y no de los trãsuersales, & inter trãsuersales, no se verificàra el q̃ todos los descẽdientes, y sucessores del mayorazgo pudierã nõbrar, ni siẽpre lo pudierã hazer, pues les faltàra todas las vezes, y a todos los q̃ no tuuiessen hijos, entre los quales pudiessen nõbrar, cosa q̃ repugna a toda buena razõ, a la naturaleza de la misma disposiciõ, y a la voluntad expressa de los fundadores. Y demas desto se siguieran [entre otros muchos] tres absurdos, e inconuenientes.

Num. 36. Las palabras on han de ser superfluas, & sine virtute operandi.

El vno, q̃ todas las dichas palabras, q̃ quedã referidas, y en particular, las de *para siẽpre jamas, y todos los sucessores,* fueran superfluas, & sine effectu aliquid operãdi cõtra tex. in l. 2. ff. de opt. lega. l. 1. in princ. ff. de assignã. liber. ex quibus, & alijs hãc cõclusionẽ defendũt D. Moli. de primog. lib. 2. c. 5. à n. 3. Padil. in l. cũ quidã, ff. de leg. 2. n. 14. Mier. de maior. p. 1. q. 48. n. 11. addit. ad Gam. decis. 206. n. 12. qui cũ Mãtic. de cõiectur. Simõ de Prçt. Menoc. & alijs, dicit, quod in hoc dubio debet ita declarari voluntas testatoris, ne redatur inutilis, sed aliquid operetur.

Num. 37. No es verosimil que se pusiesse el grauamen de elegir para los hijos, y se quitasse a los transuersales.

Otro, cõtra el ordẽ gradual de la afecion de los fundadores, q̃ siẽpre se entiende tener la mayor a los llamados en primero lugar, q̃ a los siguiẽtes llamados, l. in testamẽt. l. Luci⁹, ff. de hęred. l. cũ ita, §. in fideicõmis. cũ similib. & sic nõ est verosimile, q̃ auiã de poner el dicho grauamẽ entre los hijos, priuãdo de la sucessiõ a los mayores por la dicha facultad, y no en las substituciones, y llamamiẽtos posteriores entre los trãsuersales, menos amados, dexando la sucessiõ a la fortuna, y ordẽ regular, contra regul. tex. in l. Publi⁹, §. vlt. ff. de cõdit. & demõstr. quo loci egre

gìe

giè respōdit Marcellus testastorē præsumi voluisse eodē modo, & cōditione peruenire ad substitutū min⁹dilectū quibus reliquit institutū magis dilectū, per quē tex. ad propositū ita ratiocinatur Oidral.cōs.141.n.2.quē sequitur Curc.sen.cōs.52.col.4.vers. *Probātur prædicta*, Menoc.cōs.115.n.177.& seqq.ibi. *At qui testator dedit facultatē hæredi suo eligēdi quē vellet ex masculis magis dilectis, ergo censetur etiam dedisse eandem facultatem eligēdi vnam ex fœminis minus dilectis.*

El otro, & magis pōderabile, aduirtiēdo a lo q̄ queda fundado sup.à n.19. Nēpè, q̄ esta facultad de elegir cōsiderādola como calidad inherēte al mayorazgo, o como derecho de por si, o como se deduze de las clausulas expressas de la fundaciō, es real, y perpetua, y la essencia desta facultad, no solo cōsiste en lo actiuo, & ex parte successorū quibus cōcessa fuit, sino tābiē en lo passiuo, quippè cū sint correlatiua actio, & passio, & vna sine alia cōsistere nō potest ex elegāti tex. in l. si mādauero, §. si tibi centū, ff. māda. vbi glo. & cōmuniter scribētes glos. in l. plane, ff. quod cuiusque vniuers. nom. Peralt. in l. vnū ex familia, §. rogo, ff. de leg. 2. n. 3. & 4. quē sequitur D. Moli. lib. 2. c. 4. n. 58. Igitur, siēdo la dicha aciō real, y perpetua para todos los sucessores como queda fundado, es preciso, quod passiuè lo sea respeto de todos los de la familia, sine gradus præfinitione: aliàs enim, seria faltar a la naturaleza essencial de la misma facultad de elegir y nōbrar sucessores, quod quam alienū sit à recta ratione, nemo est qui nesciat.

Num.38. La essencia de la facultad de elegir, cōsiste igualmēte en lo actiuo, como en lo passiuo, tāquā correlatiua, & sicut se habēt actio, & passio.

La tercera razō, en que se funda el nombramiento de doña Frācisca Antonia para la sucessiō deste mayorazgo, resulta del q̄ en ella hizo D. Leoner de Puebla su madre en virtud del poder, q̄ D. Alōso Perez Martel la dio en 31. de Iulio de 1627. mem. n. 15 en el qual haziēdo relaciō del nōbramiento q̄ antes auia hecho en D. Pedro Ioseph su hijo en 13. de Março de 1626. y aprouādolo dize. *Quiere q̄ la dicha D. Leonor pueda hazer los demas llamamiētos, y declaraciones en fauor de los demas sus hijos, como lo tenia comunicado, q̄ desde luego el los nombraua, y señalaua, y q̄ lo pudiesse hazer en la forma, q̄ mejor vuiesse lugar en derecho, y en cōformidad de la fundaciō del dicho mayorazgo.* En cuya virtud la dicha D. Leonor nōbrò para despues de los dias del dicho D. Pedro Ioseph, o para en caso q̄ el muriesse sin nōbrar a D. Frācisca Antonia, declarādo, q̄ esta auia sido la volūtad expressa del dicho don Alonso su marido.

Num.39. D. Frācisca Antonia tiene tābien nōbramiēto de su padre.

De q̄ resulta lo primero, q̄ D. Leonor de Puebla obrò en virtud del poder cōforme a la volūtad de su marido, q̄ se prueua de lo mismo q̄ el explicò en el poder, y ella declarò, y executò en el nōbramiēto, arg. tex. in l, Theopōp⁹, ff. de dot. præleg. & ibi notatis per Bart. & DD. D, Couar. in c. cū tibi de testam. n. 15. Mier. 4. p. q. 48. n. 191. omninò videndus.

Num.40. El nombramiēto hecho por D. Leonor de Puebla prueua la volutad de su marido.

Num.41. El nonbramiento hecho cō poder especial del posseedor del mayorazgo, es valido.

Lo segūdo, q̄ assi como pudo el dicho D. Alōso Martel (vt ex insra dicēdis apparebit) nōbrar en primero lugar a D. Pedro Ioseph, y para despues de sus dias, o en caso q̄ el no nōbrasse a la dicha D. Frācisca Antonia, pudo dar poder a la dicha doña Leonor su muger, para que lo hiziesse como ella lo executò, vt per Bart. in l. si stipulatus, ff. de verb. oblig. vbi tenet, quod licet eligēdi potestas alij cędi nō possit, tamen per specialē procuratorē ad id assignatū, exerceri potest, ex l. qui ita, §. 1. ff. ad Trebell. l. restituta, §. 1. eod. tit. l. si is, ff. de procurat. & eū sequūtur Angel. Paul. Alex. & Iaso. in d. l. si stipulatus, Igneus, in l. dudū, C. de contrah. empt. n. 40. & cōprobat in terminis Tell. Fernand. in l. 31, Tauri, nu. 5. in fin. cum alijs sequentibus, & in l 33. n. 4. vbi addit, quod ad validitatē mādati sufficit, quod procuratori committatur, vt eligat incertum de certis, aliaque ad hoc conducit Cald. Perey. de nominat. emphyt. lib. 2 q. 6 n. 22. & 23.

Num.42. Qualquier sucessor puede nombrar vno, o mas sucessores, vnū post alium.

Lo tercero, q̄ el dicho D. Alōso, y qualquiera otro sucessor pudo, y puede nōbrar, no solo a vno, sino a muchos sucessores, vnū post aliū, por no repugnar a la indiuidualidad del mayorazgo, si no ser cōforme a ella, y a la volūtad de los fūdadores, porq̄ eo ipso, q̄ cōcedē semejāte facultad quierē fauorecer mas a los sucessores, vt possint in suos aliquā liberalitatē exercere dūmodo sint de familia, y esto milita con igualdad tāto quādo vno es el nōbrado, como quādo lo sō muchos successiuè, porq̄ nō diuiditur dispositio, sed tēp⁹ inter electos, aut nominatos, qui tāquā vnus existimatur quibus, & alijs rationibus, hāc sentētiā tenēt Bart. in d. l. vnū ex familia, §. sed si fundū, delega 2. quē sequitur Peralt. n. 17. & 18 Fusar. de substit. q. 11. n. fin. Roder. Suar. in l. quoniā in prioribus, quæst. 5. num. 1. & 2. Aluara de coniectur. libr. 2. cap. 2. à num. 21. vbi inquit. *Grauare igitur nominatum in fauorem extranei elector minime poterit, secus vero in fauorem alterius ex filijs, vel ex familia, ex quibus eligere poterat, quia inter eos, & tēpus diuidere poterit, vt vnusquisq̄ certo tēpore rebus illis potiatur, vt post tempus successiue ad alium similem qualitatē habentem perueniat.* Sesse, decis. 55. *n.* 12. tom. 1. ibi. *Nā de iure est, quod ille qui potest eligere inter filios, possit inter eos disponere eo modo, & forma, qua voluerit, dūmmodo nō digrediatur ad extraneos nō permissos, nō vocatos in fideicommisso, quia sicut poterat hæreditatem dare vni, & ab alio auferre, ita poterat dare vno ad tēpus, & postea alij, & inter eos, quos poterat eligere, poterit apponere substitutiones.* Hermosilla in l. 7. tit. 4. p. 5. gloss. 5. & 6. n. 18. ibi. *Et poterit plures gradus substitutionum facere eligendo vnum ad vitam, alium ex eis, quos eligere posset, & inter eos tempus diuidere,* D. Præses Valençuela, dict. cons. 40. num. 39. Donde lo resuelue como determinado por sentencias del Senado, his verbis. *Et ita præfatus D. Gaspar pater domini Christophori, sentētia Regia fuit declara-*

*claratus legitimus successor, & per eius mortẽ successit D. Iolans tanquã vocata post dies Dom. Gaspar, ex quo resultat res iudicata in fauorẽ d. Dom. Christophori quem nominabit tanquam fratrem, & agnatum familiæ D. Iolantis.*

Quæ resolutio iuuatur. Primò, porque aunque el señor Moli. lib. 2. c. 4. à n. 10. maximè n. 45. & 46. [que es el autor, que mas se puede ponderar por la contraria, y a quien sigue el señor Castillo, cap. 141. n. 6.] parece resuelue, non posse duos nominari, sed vnum tantum, se entiende, que procede atendiendo a la naturaleza de los mayorazgos, que es indiuidua, itaut, de vna disposicion, no se puedan hazer dos, ni auer dos sucessores, simul, & collectiuè, non vero successiuè, vt vnus post alium eligi non posit, hoc enim nec natura dispositionis, neque menti testatoris repugnat, vt videre est apud ipsum authorem, d. nu. 45. & 46. y lo sienten assi sus Adicionadores, d. cap. 4. n. 10. y Flores de Mena, variar. libr. 1. q. 19. à nu. 38. Maximè, auiendo consentido el dicho don Pedro Ioseph, a quien se le podia seguir el perjuyzio, de no poder vsar de la facultad de nombrar, ad tex. in l. perfecta donatio. C. de donat. quæ sub. mod. & ibi. glos. & per textũ, in l. si quãdo, §. generaliter, C. de inofficios. testam. l. filio præterito, ff. de in inst. rupt. & cum alijs Burg. de Paz, cons. 20. n. 23. ad hoc videndus. Num. 43. Declaracio dela doctrina del señor Molina.

Secundo, porque Rodrigo Duran primero llamado, llegando a vsar de la facultad, que tenia para elegir en su testamento, memorial n. 6. dize. *Que nombra, y señala al dicho Aluaro Duran, su hijo mayor durante los dias de su vida, y despues de la de Antonio Martel, y assi sucessiuamente de vno en otro.* Cuya disposicion se deue entender regulada cõ la voluntad de la fundadora su tia, a quien conocio, y con quien es verosimil auia comunicado su disposicion, y viene a ser prouança de su voluntad, ex dictis sup. n. 40. Y la mas eficaz interpretacion della, que se puede traer, iuxta tex. in l. si seruus plurium, §. fin. de leg. 1. l. cum Delanionis, §. assinam, vers. *Optimum ergo*, & ibi glos. verbo, *Præsumptionẽ*, ff. de fund. instru. Mastril. decis. 112. n. 35. Pereyr. decis. 21. in fin. D. Molin. lib. 2. cap. 6. n. 26. D. Castill. lib. 5. cap. 93. §. 17. a n. 1. Num. 44. El primero llamado nombrò a muchos, gradatim, y se juzga hecho con volũtad de la fundadora.

Desuerte, q̃ D. Frãcisca Antonia se halla cõ dos nõbramiẽtos, el vno de D. Pedro Ioseph su hermano vltimo posseedor, y el otro de D. Alõso Martel su padre como hija de posseedor, y ambos legitimos, y de quiẽ la pudo nõbrar à la sucessiõ del dicho mayorazgo, y calificados cõ la cosa juzgada del pleito de propriedad, porq̃ del valor de ambos se tratò en aq̃l pleito, como delas alegaciones q̃ q̃dã citadas sup. n. 7. cõsta cõ q̃ D. Alõso, y su hermano vienẽ a litigar cõ derecho vencido explicita y virtualmẽte por las dichas sentẽcias, cõ cuyo sufragio se halla por titulo de su possessiõ, y cõ otro de otra cosa juzgada, q̃ resulta de la executoria dela Audiencia Real de Seuilla, donde fue amparada en la possession del dicho mayorazgo. Num. 45. D. Frãcisca Antonia le hallarõ dos nombramiẽtos, vno de su padre, y otro de su hermano, y con el fundamẽto de cosa juzgada.

Que aũq̃ no fuesse en propriedad, sino detenuta, es de mucha cõsideraciõ, porq̃ en los juizios possessorios sobre bienes de mayorazgos no puede Num. 46. No puede obtener sentencia de

tenuta el que no muestra ser verdadero sucessor del mayorazgo.

puede obtener sentécia de tenuta el q̃ no cõstare ser el verdadero y legitimo sucessor, iuxta l.45.Tau.ibi. *Se traspasse la possession ciuil y natural en el siguiēte en grado, q̃ segū la disposició del mayorazgo vuiere de suceder en el*, vbi Palac.Rub.nu.2.nota, q̃ para obtener en el juizio possessorio de vn mayorazgo se ha de prouar por el q̃ lo intéta ser el inmediato y legitimo sucessor, & sequitur Greg.Lop.in l.7.tit.14.p.5. D.Moli.de primog.lib.3.c.13.n.9.& 10.y en el nu.22.reconoce q̃ en esta materia de sucessió de mayorazgos de la executoriá dada en possession, resulta cosa juzgada en fuerça de perētoria para el juizio de propriedad de la qual (por venir implicita en la causa de possessió, fue preciso conocer, vt in interdicto quorū bonorū quod tantummodo cóperit probáti se esse verū atque legitimum hæredem, l.1.C.quorū bonorum, ibi. *Non aliter possessor institui poterit quam si te defuncti filium esse, & hæreditatem, vel bonoru m possessionem commissum probaberis.*

Num.47. La executoria de tenuta es de gran fundaméto para el juizio de propriedad in vim authoritatis.

Vel saltim, no se puede negar q̃ de la dicha executoria resulta en fauor de D.Fráncisca Antonia gráde fundaméto in vim authoritatis vt in l.si duo patroni, ff.de iur.iurād.ibi: *Multū tamē fidei, & authoritatis apud iudicē habiturū*. Maximè, siédo la executoria de Senado, y Tribunal tá gráde, vt aliàs dixit tex.in l.1.§ credidi, ff.de offic.Præfect.prętor. cū similib⁹. Siquidé, de semejátes sentécias se puede dezir lo mismo q̃ de las de la Rota Romana, cuya decisió equiuale a la autoridad de vna comun opinió, por ser de tátos, y tá calificados ministros, de muchos votos, entre los quales se cófirio la causa de justicia, sin otro respeto, vt in simili notat Ludou.Gomec. in proœmio regularum Chancilleriæ, fol.13.vers. *Quarto pro ista.*

Num.48. Co la possession titulada que tiene D. Fráncisca Antonia, deue obtener, etiam contra alias fundantem de iure.

Ac deniq; si solo el preuilegio de posseedora en caso de no prouar có euidécia su derecho los actores, deuiera ser absuelta, y dada por libre D.Fráncisca Antonia, y declarada por legitima sucessora en este mayorazgo, ex dictis sup.n.3.& ex l.vti frui.ff.si vsusfr.petat. ibi. *Vincet eo iure, quo possessores potiores sut.* Y siédo la possessió tá titulada, y canonizada por las dichas executorias, ha de obtener, etiá, q̃ el dicho D. Alóso fundasse de iure, vt per Innocē.in c.bonæ el 2.n.5.de postulat. prælat. Abb.in c.cū venisset n.8.de instit. Alex.cósi.219.n.17.Otalor.p.3.princip.c.5.n.5.Garcia eod.tract.gl.5.n.3.D.Præs.Valéç.cósi.23.à n.71.dotrina digna de aduertir en este caso. Y táto mas siédo tá clara en su fauor la disposició de derecho, y la volútad de las fundadoras, como cósta, y dexamos fundado en todo este discurso, y afiançado con tantas cosas juzgadas, que cada qual destos fundamentos era suficiente para obtener, y mucho mas por todos juntos. Quod ita speramus iudicandum. Saluo, &c.

*Lic. D. Alonso de Morales Ballesteros.*